✠

IESVS, MARIA, IOSEPH.

POR

LOS HEREDEROS DEL GENERAL IVAN DE HERMOSILLA.

CON

DON FRANCISCO DAVILA Ventiquatro de Seuilla, marido de Doña Catalina Francois, muger que fue de Fernando de Acosta.

EN La instancia passada escriui los fundamentos de justicia de que constava la pretension de los Herederos, y ceñi el discurso a vn papel muy corto, en cuya satisfacion han escrito ambos Abogados de Don Francisco Dauila dos informaciones en derecho muy copiosas, que antes el ser tan dilatadas puede acreditar: que hablar tanto en questiones tan breues como las de que se trata en este pleyto, es conocer corta seguridad en su resolució: accepimus enim ab ore Dei: *Vbi verba sunt plurima, ibi frequenter egestas.*

N.1. EMbueluense pues en ambos papeles muchas questiones, y de todo lo tratado, y discursos que sobre ellas se hazen, no ajustan Varones tan Doctos defensa suficiente por donde peligre la sentencia de Vista que en su favor tienen los Herederos. Bastante prueba es desta verdad lo mucho que se embaraçan asi en vno como en otro papel en la excepcion de cosa juzgada, por ver si pueden huir el cuerpo a la dificultad. No puedo yo persuadirme que ignoran que cosa juzgada no

ay en queſtion por decidir, non enim eos latere debet, Modeſtinus in *l.1.ff. de re iudic.* dum ait: *Res iudicata dicitur quæ finẽ controuerſiarum pronuntiatione iudicis accipit.* Y bolviendo con eſte texto al proceſſo, en quantas executorias ay en el no ſe hallarà determinada là queſtion, ni pueſto fin a la controverſia que entre ambas partes huuo deſde el principio, ſobre ſi la hypotheca dura en las ditas vendidas entre los hombres que las comercian? Antes en todas las ſentencias ſe hallarà aſſegurada la reſolucion deſta queſtion, ya con reſeruas, ya con fianças: por eſto ſe deſpreciò el Articulo que antes de la conteſtacion ſe formò por Don Franciſco Dauila, oponiendo de coſa juzgada, y ſe mandò por Autos de Viſta y Reuiſta, que reſpondieſſe derechamente a la demanda de los Herederos, ſed quid hiſce moramur? Verè toto cœlo non licet lucernam aſcendere.

2 Puſo Don Franciſco Dauila en queſtion vna duda, de cuya reſolucion pende la quietud del Commercio de Seuilla en genero de contracto, y negociacion de ditas, que ſiempre ſe han tenido y reputado por mercaderias, y aſsi vendidas, y enagenadas, van libres de las hypothecas y obligaciones del vẽdedor. La confuſsion de nueſtros contrarios conſiſte en no diſtinguir las queſtiones que verdaderamente ſon tres las q̃ ſe podian diſputar en eſte pleyto. La primera, ſi la dita de Roque de Mimenſa, ſobre cuya exaccion ſe començò el proceſſo, eſtà obligada como los demas bienes de Fernando de Acoſta a la reſtituciõ de la dote de D. Catalina Francois, y eſto aun en terminos que la dita no ſe reputaſſe por mercaderia? La ſegunda, ſi teniendoſe por tal ſe pudo comprehender en là obligacion general de la reſtitucion de la dote? La tercera, ſi dado que conſiſtieſſe al principio la obligaciõ, eſta dexò de ſubſiſtir, y ſe acabò luego que Fernando de Acoſta vendiò al General Iuan de Hermoſilla la dicha dita, y recibiò el precio della?

3 Y de eſtas tres queſtiones la vltima es, la q̃ requiere preciſſo tratado en el pleyto, por ſer propria de ſus terminos, y a q̃ el conocimiento, y reſoluciones de las otras dos ſolo pueden ſeruir de preſupueſtos para ſu mejor inteligencia. Circa primam ergô prævium ſit, que deſte proceſſo no conſta de la obligacion de Fernando de Acoſta a la reſtitucion de la dote

mas

mas que por las palabras enunciatiuas de la executoria de grados de los Acreedores del susodicho, y aun alli alegauan: *Que no auia obligado sus bienes futuros*; vtcumq; tamen demoslo obligado generalmente a la restitucion de la dote, seù tacitê, seù expressè, es question, si en la obligació general se comprehenden las escrituras y ditas: y por argumento del texto *in l. Gaius Seius. 86 in princ. ff. de leg. 2. l. si mihi Mæuia. 92 in fin. ff. de leg. 3.* es comun resolucion contra Zasio *in §. item Seruiana, num. 19. Inst. de action.* que no se comprehenden en la obligacion general las escrituras y ditas, Ioan. Fab. & Iasson, & Bellon. *in d. §. item Seruiana*, Salicet. *in l. certi iuris, num. 5. C. de locat.* Menoch. *adipiscend. remedio. 3. num.* 144. que lleua la comun, y dize, que no tuuo Zasio fundamento vrgente por su opinió: y hablando de la hypotheca tacita, *in rebus inuectis in domum conductam*, da la razon Negusant. *de pign. 4. memb. 2. p. num. 153. vers. Octauò limita*, ibi: *Quia non videntur illata animo, & proposito, vt ibi perpetuò sint, donèc duratura est locatio, sed solùm donèc exigentur credita in illis descripta.* Idem firmat Carocius *de locato, part. 5. q. 15. num. 29 fol. mihi. 231.*

4 De la segunda question egimus remissiuè *1. allegat. num. 4.* y en ella tan solamente quiso Socino *in l. qui Romæ. 122. §. Callimachus. ff. de verbor. oblig.* que se entendiesse hypotheca en las mercaderias presentes, y la negò en las futuras: pero la distinccion que mas se ajusta a los principios legales es, la de que sacamos resolucion para la question tercera, y defensas precisas de derecho en favor de los herederos del General Iuan de Hermosilla, priùs ergo nescio quid est prælibandum.

5 *Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturus vè sit, ea non continebũtur, quæ verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse*, dixo Vlpiano *in l. 6 ff. de pign.* De forma que la regla para conocer si se comprehende vna cosa en la obligacion general, es mirar si es verosimil que hypothecara aquella misma cosa especialmente el deudor. Y como todo el vtil de los mercaderes consta de la entrada y salida, y continuo curso, y manejo de aquellos generos en que contrata, y de que surte su negociacion, no es verosimil que hypothecaria especialmente aquellos generos de modo q̃ le impidiesse el curso de su ocupacion, y consiguientemente no siendo verosimil que

obli-

obligàra especialmente estos generos, assi no se deben comprehéder en la general.*d.l.6.* Pero con el exemplo que nos pone el Consulto *id.l.Grege.13.in princ.ff.de pignor.* se percibe la distincion entre el cuerpo vniuersal de la mercancia, y las partes, o especies de q̃ se cōpone: lo primero cae en la hypotheca y obligacion: y lo segundo tābien, mas temporalmēte, y mientras los generos estàn incorporados en el caudal del mercader, que es lo q̃ los Interpretes explican por esta frase: *Dum extant in stationi viri*: pero si salen por via de negociaciō, quedando en pie el caudal, y continuando el mercader su trato, no sigue la hypotheca estas especies vendidas, pòrque lo hypothecado es todo el caudal del mercader, que del mesmo modo que se continua y perseuera en los generos que se grangean y acresceen a la negociacion: assi esta consiste en los que se hallaren presentes, y en poder del mercader deudor quando executaren sus Acraedores, sin que pueda tener relacion a los generos enagenados, pues antes en la salida destos consiste el surtimiento de la negociacion, y por esto infiriò Bartulo *in.l.cum pater.77.§.mensæ, per textum ibi.ff.de leg.2.* que la mercancia era el negocio y cuerpo vniuersal de todas las mercaderias, ò genero en que se trata, y del modo que la mesma tienda comprehende los generos de que se surte, y estos quandiù durat taberna, durantque in ea, constituūt corpus vniuersale, assi lo mesmo sucede en el caudal entero del mercader, como quiera que no menos sea vniuersal la mercancia que se compone de todos los generos en que trata el mercader, que la tienda, ò almazen, respecto de los generos que en el se hallan: optimè Ripa *in.l.1.num.8.ff.de pignor.* ibi: *Quia merx est etiam nomen vniuersale sicut taberna.*

6 De aqui es quan verbal y sin sustancia sea la explicacion q̃ se quiere dar en ambos papeles al texto *in.l.cum tabernam.34.ff.de pign.* y a el lugar de Baldo *in.l.vbi adhùc.19.num.38.C.de iur.dot.* porque en quanto a la razon de derecho no se puede variar la disposicion, porque la especie sea de la obligacion del almazen, ò tienda, respecto de las mercaderias que alli huuiere, ô sea de todos los bienes del mercader, pues toda via aquellos de que se compusiere su negociacion y mercancia estaràn sugetos a la disposicion de la *.l.cum tabernam.34.* y assi con esse presupuesto hablò Baldo, y antes y despues del los Auctores

Auctores citados en el primero papel, y otros muchos, ex quibus hos selegi.

7 Cin. *in.l.vbi adhùc.num.*19. donde no hablando de hypotheca especial de tienda, ò almacen; sino de vniuersal obligaciõ de bienes, pone la mesma question, *Quòd maritus sit mercator pannorum, vel est mercarius, nunquid poterit mulier contra istas merces, vel ad tales contractus agere hypothecaria?* Y auiendo puesto por razon de dudar los fundamentos de que se vale D. Francisco Dauila, tandem rem distinctionis fœdere placat: *Aut quæritur de mercibus, quæ reperiuntur in statione tunc temporis, & ad illas potest agere, aut quæritur de mercibus iam venditis, & tunc illas prosequi non poterit.* Y siendo assi que aqui era la hypothecaria general de la dote, y que los terminos de la question son de obligacion general de mercader, la resuelue Cino con la distincion referida, alegando el texto in *d.l.cum tabernam.*34. y pide la razon al Consulto *in.l.in prædijs.*7.*§.*1.*ff. in quib.caus.pign.vel hyp. tac. contrah.* que es la mesma que dà el texto *in.l.suos autem.*73.*§. pen.ff.de leg.*3.*& in.l.Imperator.*70.*§.vlt.ff.de leg.*2. porque no se comprehende en la obligacion aquello que se cõprò, *vt illicò distraheretur,* porque no es verosimil que se obliguen los bienes quando son de calidad, que en su distraccion consiste la conseruacion y aumento del mercader, ò al menos se obliguẽ de modo que se embarace el vso de la mercancia, y continuo mouimiento y disposicion de sus generos.

8 Elegantior Cino succedit Ripa *in.d.l.*1.*num.*8.*ff.de pign.* ait enim: *Intelligas igitur, ampliationem procedere quantum ad merces, quæ reperientur in bonis debitoris tempore motæ actionis hypothecariæ, non etiam quoâd distractas ante, quia etsi comprehendantur in generali hypotheca, comprehensæ tamen sunt, vt venales, & sic cum sua qualitate, d.l.cum tabernam:* y saca por illacion: *Ex quo infertur, quòd actio hypothecaria respectu mercium habet naturam actionis personalis, cum non sequatur merces, nec detur contra tertium possessorem.*

9 Esta calidad de las mercaderias y cosas venales explicò Balduino doctissimamente *tract.de pignor.cap.*6. interpretãdo el mesmo texto *in.d.l.cum tabernam.*34. & ait: *Nempè mercium ea conditio est, vt sæpè mutentur, distrahantur, reparentur; & nihilominùs ea veluti vniuersitas conseruetur. Eadem itaque est conditio obligationis earum nè impediatur negociatio.* Y aun por esta causa hizo tan poco caso Iason de la obligacion de las mercaderias *in.§.item*

Seruiana num. 51. Inst. de action. Pues si antes de la distraccion no se exerce la hypothecaria, y cae el embargo, *potest res alienari, neque in recipientem transit cum onere, &c.*

10 Mas en expresso Menochio *de adipisc. remed. 3. num. 130.* habla en defensa de los herederos, *& verc (meo iudicio) non erat dubitatio apud Scæuolam in d. l. cum tabernam ob hypothecæ speciem, quod scilicet esset, vel expressa, vel tacita, sed solùm dubitabat, an merces emptæ, erogatis primis, atque ita futuræ continerentur? & dicendum videbatur non contineri, ex regula legis vlt. C. quæ res pign. Attamen contrarium Scæuola ea ratione respondit, quòd taberna, vt horreum, & area corpus est quoddam vniuersale, quod nunquam interijt, nam nouæ merces in locum venditarum sufficiuntur, & aliæ importantur, aliæ exportantur, quemadmodum gregis vniuersitas, quæ ob id nõ moritur cum in locum pecudum aliæ, & aliæ deinde, vel natæ, vel emptæ subrogãtur.* Y concluye: *Quare si hæ merces in alium alienantur, nulla contra eas exerceri potest hypothecaria.*

11 Desto se infiere la distinccion de que en esta materia vsa la Rota Romana: si el mercader enagena todo el cuerpo de las mercaderias de modo que dexe de ser mercader para la hypotheca, porque ya alli no ay vniuersidad que conseruar, antes essa va a otro con sus cargas y obligaciones; pero vendiendo las especies, ò indiuiduos conseruandose mercader, la hypotheca no passa al comprador; la razon desto se escrive apud Statil. Pacif. *de Salu. interd. inspect. 3. cap. 2. n. 191.* donde refiriendose a las decisiones que pone al fin de aquel tratado, dize: *Quia merces apothecæ dicuntur destinatæ ad continuam venditionem, & ne commercium impediatur, dicuntur obligatæ iuxta suam destinationem, & sic cum ista qualitate, quatenus non reperiantur alienatæ.* Y esta razon cessa en la enagenacion de toda aquella vniversalidad de que no tratamos, pues Fernando de Acosta vendiô primero vnos lienços de que hizo esta dita, que vendiò al General, y se la pagò en contado.

12 De que resulta, que antes y despues de Baldo, su opiniõ no solo es comun, pero se halla sin contradictor; como quiera q̃ no se necessita de Interpretes quando la razon de derecho (de qua *in d. l. cum tabernam. 34.*) procede igualmente en la obligacion general, respecto del cuerpo vniversal de la mercancia, como en la hypotheca especial de la tieda, y por esto no libres de censura. Los Abogados de Don Francisco leen a

Baldo

Baldo *in.d.l. vbi adhuc*, diferentemente de lo que se halla en su original: porque trasladan su resolucion con mucha duda: *Et tene menti, si hoc verùm est.* Corruptè quidem, & caluitur Baldus, porque el susodicho assienta su resolucion por argumẽto de la ley *cum tabernam*, en la obligació general, y luego haze vna distincion sobre el tiempo de la enagenacion de las mercaderias, porque si despues de quebrado las vende el marido, no se puede extinguir por este fraude la hypotheca: *Secùs si anteà alienauerat, & ita videtur dicendum in quolibet contractu in quo reperitur obligatio bonorum, & tene menti.* Y auiẽdo cerrado con esto la oracion, dudando toda via de las fuerças de la distincion, añade en periodo diferente, *si hoc verùm est* (scilicet) la distincion propuesta, y que conforme a ella pueda auer caso en que vendidas las mercaderias dure la hypotheca por el dolo con que se procedio, y por el tiempo de quiebra en que se vendieron) *Si hoc verùm est, ergò mercator, qui obligauit alicui bona sua puta oblatione non poterit amodò forũ rerum venaliũ tenere, nec artem suam exercere, quod videtur absurdum.* Injustamente pues se refiere el lugar por dudoso en su resolucion, estando Baldo tan constante en ella, y assi se remiten todos los Doctores a este lugar, y especialmente el señor Gregorio Lopez, iam prius 1 *alleg.* laudatus in *l.5. glos.4. tit.13. p.5.* cuya razon es: *Quia obligando bona sua mercator mercantiam omnẽ suam videtur obligasse; est enim mercantia quoddam corpus vniuersale*, Pinel. *in Rubric. C. de bon. matern. 1. p. num. 46.* donde casi al fin del numero dize: *Quod vbi obligantur merces videntur contrahentes sentire, vt alienatio non impediatur, cum venalia sint in continua distractione, &c.*

13 Y de lo mesmo desciende respuesta al argumento de los contrarios circa subrogationem, porque como el caudal del mercader compuesto de todos aquellos generos en que trata, sea quid vniuersale en ello, el precio succede loco rei, y assi el dinero que le dio el General a Fernando de Acosta, succedio y fue lo que se subrogò en lugar de la dita, ò de las mercaderias de cuyo valor se auia hecho, optimè Bald. *in. d. l. cum tabernam. n. 1.* Ripa *in. d. l. 1. num. 9. ff. de pign.* Negusant. *de pignor. 2. memb. 2. p. num. 24.* Statil. Pacif. *de Saluian. inspect. 3. cap. 2. num.* 189. y por este mesmo Auctor *decis. 225. num. 7.* al fin de aquel *tratado*, no es menester subrogacion Real: *Quoniam esto, quòd mercator non habeat animum subrogandi vnam rem loco alterius, dummodo*

modo sit res in quibus cadere possit subrogatio, tunc res subrogata censetur eadem cum illa, in cuius locum subrogatur: y assi el precio de la dita succediẽdo en lugar della, ella es la cosa subrogada: porq̃ como dezia la Rota apud Puteum *lib. 2. decis. 297. sufficit quod potuerint subrogari attenta qualitate personarum, & mercium*: porque claro es que Fernando de Acosta vendiò la dita por coger el dinero anticipado para mayor grangeria, ò diferente empleo. Y a no entenderse assi esto de la subrogacion, era impossible, al menos dificultosissimo el practicar la decision de la dicha ley *cum tabernam*, y las resoluciones de los Interpretes sobre ella, en que van conformes, que la enagenacion de las mercaderias se haze libre de las hypothecas antiguas, tã to porque no se contracta con animo de impedir el exercicio al mercader, quanto porque entran estos generos en la hypotheca con la calidad de su continua distraccion, y successiuo mouimiento.

14 Probamos en el primer papel, que todo esto procedia en las ditas; y para satisfazer de vna vez a quanto tan largamẽte se trata en ambas Informaciones en derecho de Don Francisco: lo que alli dizen es en la cession de la deuda, nosotros tratamos de venta de ditas en tierra donde estas se reputan por mercaderias, porque se vẽden y comprã, y se comercian, como lienços, paños, y sedas, de que ay plenissimas probanças, que tan lexos estan de hallarse, desayudadas de la que en esta instancia vltima ha hecho Don Francisco, que antes por Diego de Zuleta Vrdiales, y por los demas sus testigos se ajusta la pretension de los herederos, porque deponen que no es el trato de las ditas tan gruesso como el de las mercaderias mayores, como liẽços, sedas, cochinilla, &c. pero que es trato mas corto en que negocian los que se quieren retirar de lo mayor: no por ello pues dexarà de ser mercader el que tratare en negociacion mas corta; para lo qual pondera Alciato *in l. mercis. 207. num. 9. ff. de verb. sig.* el texto *in l. si quid venditor. 18. in fin. ff. de ædil. edict.* ibi: *Sufficit si is, vel minimum habeat peculium*: quanto mas que los herederos tienen aueriguado vn articulo (sin probança en contrario) *que Fernando de Acosta era vn mercader muy gruesso, que trataua en todos generos, y en comprar y vender escrituras, y la mesma negociaciõ hazia el General Iuan de Hermosilla*. Y presupuesto este hecho, importa muy poco que sea verdadera-

dera-

deramente mercaderia la escritura, ò sea negociació, porque para la sustancia es todo vna mesma cosa, ex iuribus quæ benè ponderat Strach *de mercatur. p. 1. num. 4. & 5.* Y para nuestro intento procede esto mas indubitablemente, porque en la question de que se trata, los terminos de los Autores son en cosas venales, bien sean por mercancia, ò por negociacion: si ellas son venales estàn sugetas a la distraccion continuo y frequente mouimiento, pues nada es menos mercaderia que el hombre *l. mercis. 207. ff. de verb. sign.* y si se compran por via de negociacion, *mercis magis loco quam suorum habuisse credendus est,* el que tuuiere essa negociacion, vt ait text. *in. l. suos autem. 7. §. pen. ff. de leg. 3.* juncto text. *in. l. generali. 32. §. vxori. ff. de vsu & vsufr. legat.* por tenerse por venal todo aquello en que se tiene negociacion quando es de especies continuamente vendibles, opt. text. *in. l. pediculis. 32. §. idem cum quæreretur. ff. de aur. & arg. legat.* ibi: *Quod negociandi causa venale proponi solere*, y assi para para ajustar todos los principios y doctrinas, de quibus *vna & altera allegatione* tractauimus, basta el probar que las ditas son venales en Seuilla, que es la calidad sobre que se fundan los dichos principios y doctrinas alegadas en ambos papeles, sin que se necessite de que se tégan en rigoroso sentido por mercaderia, ademas que si se reputan por tales, y como mercaderias se comercian, y comerciò esta dita Fernando de Acosta, vendiendola, y reduziendo a sus bienes y caudal el precio que el General le dio por ella, y assi injustamente se pretende auer durado la hypotheca, y bien intentan lo contrario los herederos, suplicando a V. S. confirme su sentécia. Hispal. 27. Iunij, ann. 1647.

Lic. Don Francisco Ortiz de Godoy.